فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۳، شمارهٔ پیاپی ۱۱۰
پاییز ۱۳۹٦، ۱۵۲-۱۳۳

بررسی فقهی انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط متعاقدین در حقوق بین الملل خصوصی *

حسین قافی[۱]
دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم و عضو هیئت علمي پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
Email: hghafi@rihu.ac.ir

دکتر سید حسن وحدتی شبیری
دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه قم
Email: vahdati11@gmail.com

چکیده

از جمله مباحثی که در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح است و درباره آن اختلاف نظرهائی وجود دارد، مسأله تعیین قانون حاکم بر قراردادست. امروزه از منظر حقوقی بسیاری بر این باورند که براساس اصل حاکمیت اراده، طرفین می‌توانند قانون حاکم را خود انتخاب کنند.

در این مقاله عمدتاً بعد فقهی مسأله انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط متعاقدین، به صورت شرط ضمن عقد، مورد بررسی قرار گرفته و به این پرسش توجه شده که آیا چنین شرطی صحیح و معتبر است یا خلاف شرع و فاقد اعتبار؟ به نظر می رسد احکام و آثار مالی قراردادها نوعاً از احکام شرعی قابل تغییری به‌شمار می آید که طرفین می‌توانند به کمک شرط ضمن عقد و یا عقد صلح آن را تغییر دهند؛ از این رو در چنین مواردی انتخاب و تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین مجاز و معتبر خواهد بود. اما در مورد احکام غیر قابل تغییر یعنی قواعد آمره شرعی مانند اهلیت و قصد و رضا، انتخاب قانون حاکم توسط متعاقدین معتبر نیست و نمی توان اختیار تعیین قانون را به دست طرفین سپرد.

کلید واژه‌ها: قانون حاکم بر قرارداد، حاکمیت اراده، شرط ضمن عقد، شرط غیر مشروع، قواعد امری، قواعد تکمیلی

---

*. تاریخ وصول: ۱۳۹٤/۰۷/۲۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۵/۰٤/۰۵.

DOI: 10.22067/fiqh.v0i0.49771

۱ . نویسنده مسئول

مقدمه

یکی از مباحثی که در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح می‌شود، مسأله قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی است. در قراردادهایی که یک عنصر خارجی در آن وجود دارد، مثلاً یکی از طرفین عقد یا هر دو، از اتباع خارجی هستند یا محل انعقاد قرارداد و یا محل اجرای آن خارج از کشور است این موضوع مطرح می‌شود که قانون چه کشوری بر این قرارداد حاکم است. صحت، بطلان، شرایط، احکام، تعهدات و آثار عقد چه در مرحله انعقاد، چه در مرحله اجرا یا حتی در صورت عدم اجرا و ورود خسارات ناشی از نقض تعهد با توجه به کدام قانون بررسی می‌شود و مورد حکم قرار می‌گیرد؟ قانون ملی متعاقدین یا قانون محل وقوع عقد یا قانون محل اجرای تعهد و یا قانون انسب و یا اینکه براساس اصل حاکمیت اراده، طرفین می‌توانند قانون حاکم را خود انتخاب کنند.

در این مقاله در ضمن دو بخش ابتدا کلیاتی در مورد روش‌های تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی مطرح می‌شود و سپس به بررسی میزان اعتبار اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد از دیدگاه فقهی می‌پردازیم:

کلیاتی در مورد تعیین قانون حاکم بر قرارداد از منظر حقوقی

شیوه تعیین قانون حاکم در مورد قراردادهای بین‌المللی که در زمینه مسائل مالی و تجاری افراد منعقد شده است، با توجه به قواعد حل تعارض سیستم‌های حقوقی مختلف ممکن است متفاوت باشد، منظور از قواعد حل تعارض، قانون داخلی یک کشور است که راه‌حل مسأله و قانون حاکم بر دعاوی بین‌المللی که یک عنصر خارجی در آن دخیل است، را مشخص می‌کند؛ اعم از اینکه قانون ماهوی همان کشور را صالح بداند یا به قانون کشور خارجی ارجاع دهد.

بطور کلی در مورد تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی عمدتاً دو روش وجود دارد و قواعد حل تعارض کشورهای مختلف معمولاً به یکی از دو روش زیر قانون صالح را تعیین می‌کنند:

۱. بطور مستقیم و با روش عینی و جزمی بدون در نظر گرفتن اراده طرفین قرارداد.

۲. بطور غیرمستقیم و با روش ذهنی و شخصی و براساس اصل حاکمیت اراده (نیکبخت، ۱۳).

۱. روش عینی یا جزمی

در روش و ضابطه عینی یا جزمی، قانونگذار مستقیماً قانون حاکم بر قرارداد را معین می‌کند و در این رابطه به خواست و اراده طرفینی توجهی نمی‌شود، مثلاً ممکن است، قانون کشور محل انعقاد قرارداد به عنوان قانون صالح تعیین گردد؛ چنانکه اغلب سیستم‌های حقوقی کشورهای جهان تا اواسط قرن نوزدهم

این شیوه را پذیرفته بودند و در صدر ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران نیز آمده است: «تعهدات ناشی از عقود تابع محل وقوع عقد است» یا ممکن است قانون محل اجرای تعهدات و یا قانون متبوع طرفین، توسط قانونگذار، بر قرارداد حاکم گردد.

۲. روش ذهنی و شخصی

در روش ذهنی یا ضابطه شخصی، این اراده و خواست طرفین عقد است که می‌تواند قانون حاکم بر قرارداد را تعیین کند. قاعده حل تعارض به طرفین اجازه می‌دهد که فرد، قانون مورد نظر خویش را مشخص کنند و قرارداد منعقده را تابع آن اعلام کنند. این نظریه که مبتنی بر اصل آزادی و حاکمیت اراده است، برای اولین‌بار توسط «شارل دومولن» فرانسوی در قرن شانزدهم میلادی مطرح شد (الماسی، ۲۳۶؛ شیخ الاسلامی، ۱۷۵؛ شهیدی، قانون حاکم بر قراردادها، ۲۹۰). البته هرگاه طرفین صریحاً اراده خود را اظهار نکرده باشند و قانون حاکم را مشخص ننموده باشند باید به دنبال کشف اراده ضمنی آن‌ها بود و قانون حاکم را از طریق استنباط اراده ضمنی آن‌ها تعیین نمود (الماسی، همان). مثلاً در فرض عدم تعیین قانون حاکم، ممکن است محل وقوع عقد، قرینه‌ای بر اراده طرفین مبنی بر پذیرش قانون محل وقوع عقد تلقی شود یا امارات دیگری مانند اقامتگاه مشترک طرفین، تابعیت طرفین، زبان قرارداد و یا تعیین واحد پول کشور معین جهت پرداخت ثمن، دادگاه را در تشخیص اراده ضمنی طرفین یاری کند.

از نیمه دوم قرن نوزدهم به بعد ضابطه شخصی که مبتنی بر «اصل حاکمیت اراده» است در میان حقوقدانان و سیستم‌های حقوقی کشورهای مختلف بیشتر مورد اقبال و پذیرش قرار گرفت به گونه‌ای که امروزه در اکثر کشورها این روش برای تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی مورد توجه قرار می‌گیرد. البته بدیهی است این روش بصورت مطلق و بدون محدودیت پذیرفته نشده است بلکه استثنائات و محدودیت‌هایی هم برای آن در نظر گرفته شده است؛ از جمله می‌توان به مسائل مربوط به آئین دادرسی، موضوعات شکلی قرارداد، اهلیت طرفین، مسائل مربوط به نظم عمومی و قواعد آمره مقر دادگاه، فرض تقلب نسبت به قانون و فرض انتخاب قانون کاملاً بدون ارتباط با سوء نیت اشاره کرد (نیکبخت، ۸ و ٤٧).

شایان ذکر است که هریک از دو روش عینی و شخصی دارای معایب و مزایایی هستند که پرداختن به آن از حوصله این نوشتار خارج است.

۳. روش‌های دیگر

علاوه بر دو روش عینی و شخصی ممکن است شیوه ترکیبی میان این دو روش نیز مطرح شود؛ به عنوان مثال اصل بر شیوه شخصی و «اصل حاکمیت اراده» طرفین قرار گیرد اما شیوه عینی و جزمی هم به صورت استثناء بر این اصل پذیرفته شود، مثلاً گفته شود که هرگاه طرفین، قانون حاکم بر قرارداد بین‌المللی خویش

را تعیین کرده‌اند همان قانون اعتبار دارد اما در صورت عدم تعیین قانون حاکم توسط طـرفین، قـانون محـل وقوع عقد یا قانون محل اجرای عقد، حاکم خواهد بود.

یا برعکس، اصل را بر شیوه عینی و جزمی قرار دهند و شـیوه شخصـی را در مـوارد اسـتثنایی بپذیرنـد، چنانکه ماده ۹٦۸ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «تعهدات ناشی از عقـود تـابع قـانون محـل وقـوع عقـد است، مگر اینکه متعاقدین، اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

روش دیگری که دربارهٔ تعیین قانون حاکم بر قرارداد می‌تـوان مطـرح سـاخت، روش حاکمیـت قـانون مناسب یا «قانون انسب» است. یعنی نه بر اساس روش جزمی، قانونگذار مشخصاً یک قانون مـثلاً قـانون محل انعقاد عقد را معین می‌کند و نه بر مبنای روش شخصی و براساس احترام بـه حاکمیـت اراده طـرفین، قانون منتخب آنان، به عنوان قانون صالح تلقی می‌شود بلکه قانونگذار مقرر می‌دارد که در هر پرونده قاضی بررسی کند که مناسب‌ترین قانون نسبت به این قرارداد چه قانونی است یعنی نزدیک‌ترین و بیشترین ارتبـاط این قرارداد با قانون چه کشوری است (شهیدی، قانون حاکم بر قراردادها، ۳۰۱)؛ مثلاً اگر موضوع قراردادی در مورد اموال غیرمنقول باشد طبعاً قانون محل وقوع ملـک، ارتبـاط بیشـتری بـا موضـوع دارد و مناسـب‌تر خواهد بود ولی در فرضی که طرفین به صورت تصادفی در نمایشگاهی در کشـور دیگـری بـا هـم قـرارداد منعقد کرده‌اند اما اجرای همه یا بخش عمده تعهدات ناشی از این قرارداد در کشور ثالث است بدیهی است که قانون محل وقوع عقد چندان ارتباط عمیق و معناداری با قرارداد ندارد بلکه در ایـن فـرض قـانون محـل اجرای عقد مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب سال ۷٦، اصل را بر حاکمیت اراده قرار داده و در صورت عدم تعیین قانون حاکم توسط طرفین، روش تعیین قانون انسب را مطرح کرده اسـت. مـاده ۲۷ ایـن قـانون مقرر می‌دارد:

«۱. داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند اتخاذ تصـمیم خواهـد کرد...

۲. در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانـب طـرفین، داور براسـاس قـانونی بـه ماهیـت اخـتلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد...».

البته این قانون در مورد دعاوی تجاری است که طرفین با تنظیم توافقنامـه داوری رسـیدگی بـه آن را بـه داوری موکول کرده‌اند نه اینکه رسیدگی در دادگاه صورت بگیرد، ولی با این وجود ممکـن اسـت بـا کمـک تنقیح مناط بتوان حکم تعیین قانون حاکم بر قرارداد در فرض داوری را به فرض رسـیدگی قضـائی و دادگـاه هم تسوی داد.

بررسی فقهی اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم

در بررسی بعد فقهی مسأله انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط متعاقدین، موضوع را می‌توان از این منظر نگریست که آیا متعاقدین حق دارند و می‌توانند در ضمن قرارداد، شرط کنند که چه قانونی حاکم بر قرارداد باشد و به عبارت دیگر آیا چنین شرطی صحیح و معتبر خواهد بود یا باطل و بلااثر تلقی می‌شود. آیا عموم «المؤمنون عند شروطهم» و «اوفوا بالعقود» شامل این شرط هم خواهد بود و طرفین را بدان ملزم خواهد کرد و حتی داور یا قاضی نیز باید بدان ترتیب اثر دهند یا اینکه این شرط خلاف شرع بوده و اعتباری ندارد.

در کتب فقهی برای صحت شروط ضمن عقد شرایطی مطرح شده است. مرحوم شیخ انصاری در کتاب شریف مکاسب در این زمینه هشت شرط را مطرح کرده است (انصاری، ٦/ ١٥ به بعد). از میان شرایط مذکور آنچه که می‌تواند در بحث انتخاب قانون حاکم بر قرارداد دارای تأثیر باشد بحث مشروع بودن شرط و عدم مخالفت شرط با کتاب است که در ضمن بند اول به بررسی آن می‌پردازیم.

همچنین از موضوعات دیگری که مطالعه و بررسی آن در این رابطه می‌تواند مفید و مؤثر باشد، بحث حق و حکم و تفاوت آن‌ها و نیز بحث تقسیم احکام شرع به تأسیسی و امضائی است که این دو موضوع در ضمن بند دوم و سوم مورد بررسی قرار می‌گیرد و در پایان هر قسمت از نتایج به دست آمده، برای موضوع تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین قرارداد استفاده خواهد شد.

بند اول: شرط نامشروع و شرط خلاف کتاب

برای لزوم مشروع بودن و عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت به روایات بسیاری که در حد استفاضه‌اند بلکه می‌توان ادعای تواتر معنوی را دربارهٔ آن‌ها مطرح کرد استدلال شده است (انصاری، ٦/ ٢٢؛ نراقی، ۱۲۹ به بعد) که از جمله می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد: «کل شرط خالف کتاب الله فهو رد» (حر عاملی، ۱۳/ ٤٤). «المؤمنون عند شروطهم الا کل شرط خالف کتاب الله عز وجل فلایجوز» (همان، ۱۲/ ۳۵۳) «من اشترط شرطاً مخالفاً لکتاب الله عز وجل فلایجوز علی الذی اشترط علیه والمسلمون عند شروطهم فیما وافق کتاب الله» (کلینی، ٥/ ١٦٩؛ حر عاملی، ۱۲/ ۳۵۳) «فان المسلمین عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً» (شیخ طوسی، تهذیب، ٧/ ٤٦٧؛ حر عاملی، ١٥/ ٥٠).

البته در برخی از این روایات علاوه بر عدم مخالفت، موافقت شرط با کتاب خداوند هم لازم دانسته شده است، اما می‌توان گفت در صورتی که شرطی به صورت خاص مخالف با آیات قرآن نباشد طبعاً مشمول عمومات قرآنی که مطلق تصرفات مباح را تجویز نموده است خواهد بود و با این بیان، موافق با قرآن به شمار می‌آید مثلاً شرط ساختن بنا یا دوختن لباس برای فروشنده یا خریدار چون مخالف آیات

قرآنی نیست، موافق آن محسوب می‌شود (انصاری، ٦/ ٢٥؛ محمد حسین اصفهانی، ٥/ ١٢٦).

مخالفت شرط با کتاب هم به چند صورت قابل تصور است: گاه انجام عملی که ذاتاً از جهت تکلیفی حرام است در ضمن عقد شرط می‌شود مانند قتل یا ضرب دیگری و شرب خمر؛ اما گاه ثبوت وضعیت و یا حصول نتیجه‌ای که شارع آن را نمی‌پذیرد، شرط می‌شود مثل اینکه در ضمن قرارداد بیع شرط کنند که شخص بیگانه‌ای که هیچ‌گونه قرابتی با متعاملین ندارد، از آنان ارث ببرد یا شرط کنند انسان آزادی برده دیگری باشد که این شروط با احکام وضعی شرعی مخالف هستند.

فرض دیگر آنست که در ضمن عقد التزام به انجام عملی یا ترک عملی صورت گیرد که هرچند این عمل یا ترک فعل فی نفسه حرام نیست و از این جهت مخالفت با شرع ندارد اما التزام و پایبندی به آن حرام و مخالف شرع است. در حقیقت این التزام، مصداق تحریم حلال و تحلیل حرام محسوب می‌شود و گویا به نوعی بدعت و تشریع بشمار می‌آید و لذا اینگونه شرط و التزام نیز باطل و حرام است (محقق داماد، قواعد فقه مدنی، ٢/ ٦٨). مثلاً اگر به وسیله قسم یا شرط ملتزم شود که تا پایان عمر یک عمل مباح مانند خوردن گوشت را ترک می‌کند این امر عرفاً، تحریم حلال محسوب شده و قسم یا شرط مزبور باطل خواهد بود (بجنوردی، ٣/ ٢٣٢).

شیخ انصاری معتقد است احکام شرعی ممکن است به دو گونه برای موضوعات جعل شود: برخی از احکام برای ذات موضوع من حیث هو و صرف‌نظر از اینکه عنوان دیگری بر آن عارض شود یا نه، ثابت شده است که در این‌صورت منافاتی ندارد به‌واسطه عناوین دیگری که بر آن موضوع عارض می‌شود، حکم جدیدی هم برای موضوع ثابت شود. در این باره می‌توان مباحات، مستحبات و مکروهات را مثال زد که اگر متعلق نذر یا قسم یا دستور پدر واقع شوند انجام یا ترک آن ممکن است حرام یا واجب شود.

اما برخی از احکام که برای موضوعات جعل شده، فقط برای ذات موضوع در نظر گرفته نشده بلکه این موضوع با لحاظ همه عوارض و عنوان‌های خارجی که ممکن است بر آن عارض شود متعلق حکم قرار گرفته است مانند اکثر واجبات و محرمات؛ که در این صورت ثبوت حکم دیگری برای این موضوع با حکم قبلی منافات دارد. البته عناوینی مانند ضرر و جرح مستثنا هستند و قطعاً می‌توانند حکم پیشین را تغییر دهند. سپس می‌فرماید: شرطی که متعاقدین در ضمن عقد مطرح می‌کنند اگر مخالف با دستهٔ اول از احکام باشد، شرط مخالف کتاب محسوب نمی‌شود چون ادله وجوب وفا به شرط منافاتی با حکم پیشین این موضوعات ندارد اما اگر شرط، مخالف با یکی از احکام دسته دوم باشد التزام به چنین شرطی مخالف کتاب بشمار می‌آید و باطل است (انصاری، ٦/ ٢٦ - ٢٧).

تقسیم احکام شرعی به دو قسم مذکور، شبیه تقسیمی است که در علم حقوق مطرح می‌شود و در آن

قوانین را به دو بخش قوانین امری یا قواعد آمره و قوانین تکمیلی یا تفسیری تقسیم می‌کنند. قوانین امری احکامی است که مرتبط با نظم عمومی بوده و نمی‌توان برخلاف آن توافقی نمود. این دسته از قوانین مشابه دسته دوم از احکام شرعی است که با شرط و توافق قابل تغییر نیستند. اما قوانین تکمیلی مقرراتی هستند که مادامی که توافقی برخلاف آن‌ها صورت نگرفته لازم الاجرا هستند ولی می‌توان برخلاف آن توافق کرد. این قسم از قوانین مشابه دسته اول احکام شرعی هستند که می‌توان با کمک شرط مخالف، آن را تغییر داد.

شیخ در ادامه تصریح می‌کند که تشخیص اینکه حکمی که شرط ضمن عقد با آن اختلاف دارد، از مصادیق کدام دسته احکام است، مشکل و دشوار است و لذا مجتهد باید با دقت و تأمل در آیات و روایاتی که حکم موضوعات را بیان می‌کنند تشخیص دهد که آیا این حکم از احکامی است که می‌توان به کمک شرط، آن را تغییر داد یا قابل تغییر با شرط نیست درنتیجه شرط، باطل و بلااثر می‌شود (انصاری، ٦/ ٣١).

سؤال مهمی که در اینجا مطرح می‌شود اینست که آیا طرفین قرارداد می‌توانند به وسیله شرط ضمن عقد، قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کنند و آیا چنین شرطی صحیح است یا خلاف شرع و باطل تلقی می‌شود؟ به بیان دیگر احکام و آثاری که در فقه و شریعت برای قراردادها مطرح شده است جزء کدامیک از این دو دسته احکام شرعی است، احکامی که توافق بر خلاف آن جائز است یا احکام و قواعد آمره شرعی که نمی‌توان آنرا با شرط تغییر داد؟

در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت که توافق بر خلاف احکام و آثار قراردادها نوعاً جائز است زیرا خود شارع مقدس اجازه خروج از تحت احکام و آثار مربوط به معاملات را داده است. شاهد مهمی که در این باره می‌توان مطرح کرد تشریع عقد صلح توسط شارع است. برخی از فقهای متأخر در تعریف عقد صلح گفته‌اند: «صلح عبارتست از تسالم و تراضی بر امری از قبیل تملیک عین یا منفعت، یا اسقاط حق یا دین و غیر این‌ها» (خوانساری، ۳/ ۳۹۲؛ ابوالحسن اصفهانی، ۲/ ۸۲) این تعریف هم شامل صلح دعوا می‌شود و هم صلح بدوی و ابتدائی را در بر می‌گیرد. هرچند فقهای پیشین تعریف خاص‌تری را برای عقد صلح مطرح کرده‌اند که تنها شامل صلح دعوا می‌شود، و بنا به تعبیر آنان «صلح عقدی است که برای فیصله دادن و قطع نزاع و مخاصمه تشریع شده است.» (عاملی، ٥/ ٤٥٤؛ محقق کرکی، ٥/ ٤٠٧؛ نجفی، ٢٦/ ٢١٠؛ محدث بحرانی، ۲۱/ ۸۳) اما تصریح کرده‌اند که صلح ابتدائی نیز مشروع و معتبر است و برای مشروعیت همه اقسام صلح به ادله‌ای از آیات و روایات و اجماع استدلال شده است. (عاملی، همان؛ نجفی، همان؛ بحرانی، همان، ٨٤؛ نعمت اللهی، ۱۲۷).

بهر تقدیر متعاقدین می‌توانند با تمسک به عقد صلح به همان نتایج مطلوب در سایر عقود برسند بدون آنکه به احکام، آثار، تشریفات و شرائط خاص آن قراردادها پایبند باشند، مثلاً می‌توانند با کمک عقد صلح

در عوض پرداخت مبلغی، مالک عینی شوند بدون آنکه به احکام و آثار عقد بیع ملتزم گردند. چنانکه مـاده ۷۵۸ قانون مدنی نیز به این مطلب تصریح می‌کند. از آنجا که عقد صلح موضوع معینی نـدارد و بـه جـای همه عقود بجز عقد نکاح، می‌تواند مورد استفاده قرارگیرد بدین سبب برخی از فقها و حقوقدانان تعبیر «سید العقـود و الاحکـام» و «سـرور قراردادهـا» را دربـاره آن بکـار بردهانـد (قزوینـی زنجـانی، ۱۰٦؛ جعفـری لنگرودی، رهن و صلح، ۱۳۵؛ نعمت اللهی، ۱۵۰).

بنابراین از تشریع عقد صلح توسط شارع می‌توان دریافت که اکثر احکام و آثار مربوط به عقود معین از آن دسته احکامی است که می‌توان بر خلاف آن توافق نمود و به کمک شرط مخالف، از اجرای آن سرباز زد چنانکه می‌توان با تمسک به عقد صلح از آن فرار کرد و به تعبیر حقوقدانان از قواعد تکمیلی بشمار می‌آیـد نه قواعد امری. در نتیجه می‌توان پذیرفت که طرفین قرارداد هم حق تعیین قانون حاکم بر قرارداد خـویش را بصورت توافقی و به عنوان شرط ضمن عقد دارند و این شرط، شرط مخـالف بـا کتـاب و سـنت محسـوب نمی‌شود. طبیعی است از نظر شرعی در این رابطه تفاوتی میان متعاقدین خارجی و اتباع داخلی وجود ندارد و لذا این حکم شامل قراردادهای بین المللی و داخلی هردو می‌شود.

شایان ذکر است که مسائل مربوط به شرائط اساسی صحت قراردادها مانند اهلیت، مشروعیت جهت و قصد و رضا از این مسئله مستثنا هستند و از قواعد آمره شرعی و حقوقی بشمار می‌آیند و توافق بر خلاف آن صحیح نیست در نتیجه طرفین نمی‌توانند قانون حاکم در این زمینه را با توافق تعیین کنند. شاهد بر این امـر آنست که حتی در عقد صلح هم که رعایت تشریفات و شرائط خاص سایر عقود در آن لازم نیست، وجـود این شرائط اساسی، ضروری و لازم دانسته شده است، چنانکه فقها تصریح می‌کنند طرفین عقد صلح بایـد قصد تحقق صلح و رضایت نسبت به آنرا داشته و دارای اهلیت باشند همچنـین مـورد صـلح بایـد مشـروع باشد (کرکی، ٥/ ٤١٠؛ محدث بحرانی، ۲۱/ ۹۷ – ۹۸). قانون مدنی ایران نیز در باب صلح در ضمن مواد متعدد اهلیت طرفین، مشروعیت مورد صلح، وجود موضوع صلح، وعدم وقـوع اشـتباه، اکـراه و تـدلیس را برای صحت و نفوذ عقد صلح لازم دانسته است (مواد ۷۵۳، ۷٥٤، ۷٦۲، ۷٦۳، ۷٦٤ و ۷٦۷ ق.م.)

البته تذکر این نکته خالی از فائده نیست که اگر در باب اهلیت یا دیگر شرائط اساسی معاملات، قانون منتخب طرفین، شرائطی بیش از شرائط مذکور در احکام شرعی و قانون داخلی ایران را مطرح ساخته باشد، طبیعی است که در این صورت پذیرش قانون منتخب، مخالفتی با شرع و قواعد آمره نخواهـد داشـت ولـذا صحیح و معتبر تلقی می‌شود. به عنوان مثال بر اساس موازین فقهی و قانونی ایران، ممکن اسـت دختـر ١٤ ساله، رشید بوده و دارای اهلیت باشد و طبعاً قراردادی که منعقد می‌کند صحیح و نافذ باشد. حال اگر قانون منتخب طرفین، سن ۱۸ سال را برای اهلیت لازم بداند و افراد کمتر از ۱۸ سـال را محجـور و فاقـد اهلیـت

تلقی کند و معاملات آنان را بدون اجازه ولی باطل محسوب دارد، در این فرض، پذیرش قانون منتخب، قواعد آمره شرعی و حقوقی را نقض نمی‌کند بلکه شروط حداقلی را که در فقه و حقوق داخلی مطرح شده به رسمیت می‌شناسد و شرط دیگری را به آن شرائط اضافه می‌کند، پس مخالفتی با قواعد آمره ندارد.

در مورد مشروعیت جهت، می‌توان گفت اگر جهت و انگیزه شرط، مشروع نباشد یعنی مثلاً انتخاب قانون حاکم به انگیزه فرار از قواعد آمره شرعی باشد؛ طبیعی است که چنین شرط و انتخابی معتبر نخواهد بود چون این امر فی نفسه مخالف با قواعد امری است، هرچند بنا به اعتقاد برخی حقوقدانان مشروعیت جهت که از شرائط اساسی صحت همه قراردادهاست، برای صحت شروط ضمن عقد، ضروری نیست (امامی، ۱/ ۲۷۲؛ شهیدی، شروط ضمن عقد، ۹۲ – ۹۳) البته اگر انگیزه انتخاب قانون، فرار از سایر احکام قراردادها باشد در اینصورت انگیزه و جهت، نامشروع تلقی نمی‌شود.

موضوع دیگری که در اینجا مناسب است مورد بررسی قرارگیرد، فرض وجود شک و تردید در نوع حکم شرعی یا قانون موضوعه است. شیخ انصاری در ادامه مباحث خود تصریح می‌کند که تشخیص اینکه حکمی که شرط ضمن عقد با آن اختلاف دارد، از مصادیق کدام دسته احکام است، دشوار است اما بهر تقدیر اگر در مسئله‌ای مجتهد پس از تحقیق در ادله احکام، در این زمینه به نتیجه‌ای دست نیافت و نتوانست تشخیص دهد که آیا این حکم از احکامی است که می‌توان به کمک شرط، آن را تغییر داد یا قابل تغییر با شرط نیست و در نتیجه شرط باطل می‌شود؛ در اینصورت باید اصل را بر عدم مخالفت بگذارد و شرط مشکوک را مخالف با کتاب و سنت به حساب نیاورد بلکه با رجوع به عموم «المؤمنون عند شروطهم» شرط مشکوک را صحیح و معتبر تلقی کند زیرا آنچه که از این عموم استثناء شده تنها شرطی است که مخالف کتاب باشد و در موارد مشکوک با اجرای «اصل عدم»، عدم مخالفت شرط احراز می‌شود. به عبارت دیگر در هر مورد که شک داشتیم که حکم به گونه‌ای جعل شده که غیرقابل تغییر با شرط است یا نه، اصل آن است که بصورت غیرقابل تغییر جعل نشده است (انصاری، ٦/ ٣١). جمعی دیگر از فقها نیز همین نظریه را پذیرفته‌اند و در این زمینه تعابیر مشابهی دارند (مقدس اردبیلی، ۸/ ۱۵۰؛ نجفی، ۲۳/ ۲۰۳؛ عاملی، ٤/ ۷۳۱).

البته شیخ انصاری در جای دیگری از کتاب خود موضع دیگری در این باره اتخاذ کرده که مورد انتقاد محققین قرار گرفته است. وی در پایان بحث خیار شرط می‌نویسد: هرچند این خیار مختص به بیع نیست، اما اجماعی است که خیار شرط در ایقاعات جاری نمی‌شود سپس علت این امر را اینگونه بیان می‌کند که اشتراط خیار تنها در موردی جائز است که فسخ کردن آن از نظر شرعی جائز و ثابت باشد مانند عقود که دربارهٔ آن‌ها امکان فسخ طرفینی به وسیله اقامه و فسخ یکجانبه به وسیله خیار مجلس و غیره از جهت

شرعی ثابت است اما در مورد ایقاعات که مشروعیت فسخ آن معلوم نیست، خیار شرط هم نمی‌تواند فسخ آن را تجویز کند چون شرط قدرت ندارد چیزی که از نظر شرع سبب برای امری نیست، سبب قرار دهد و به عبارت دیگر شرط مشروع نیست. بنابراین در مورد شرط خیـار فسـخ در ایقاعـات، چـون مشـروعیت فسـخ مشکوک است، شرط خیار هم صحیح و نافذ نخواهد بود (انصاری، ۵/ ۱٤۸ به بعد).

این سخن شیخ انصاری مورد ایراد برخی از شارحان مکاسب قرار گرفته است. مرحوم آخوند خراسانی در حاشیه خود بر مکاسب می‌نویسد می‌توان گفت که در صحت و نفـوذ شـرط ضـمن عقـد، مشـروعیت شرط، معتبر نیست بلکه همین مقدار که شرط از اموری باشد که از جهـت عقلـی اعتبـار آن قابـل پـذیرش باشد و عرف نیز اشتراط آن را نافذ بداند کافی است زیرا عموم «المؤمنون عند شروطهم» شـامل آن خواهـد شد و بالجمله این روایت و امثال آن دلیلی بر آنست که شـارع مقـدس شـروطی را کـه عـرف می‌پـذیرد بـه صورت عمومی امضاء کرده است، هرچند در هر مورد به صورت خاص و ویژه امضائی از شرع به دست ما نرسیده باشد. البته ممکن است گفته شود در مورد ایقاعات، عرف هم شرط فسخ را نپذیرفتـه اسـت کـه در این صورت خیار شرط در ایقاعات جاری نخواهد بود (خراسانی، حاشیه مکاسب، ۱۸۱ - ۱۸۲).

طباطبایی یزدی نیز در حاشیه خود بر کتاب مکاسب در این باره می‌نویسد: اولاً عدم مشروعیت فسـخ در ایقاعات ثابت نیست بلکه فی‌الجمله فسخ مشروع است؛ ثانیاً اینکه شیخ علم به مشروعیت را از شرایط صحت شرط دانسته‌اند مورد پذیرش نیست. زیرا اگر موضوعی با قطع نظـر از شـرط، فی‌نفسـه غیرمشـروع باشد منافاتی ندارد که به واسطه شرط کردن، مشروع و مجاز تلقی شود. نهایت امر این است که نیاز به دلیل دارد و در این راستا عمومات «المؤمنون عند شروطهم» می‌تواند به عنوان دلیل بر مشروعیت آن موضوع قرار گیرد البته مادامی‌که ثابت نشود که حکم از قبیل احکامی است که غیرقابل تغییر با شرط است. بـه عبـارت دیگر هرگاه یقین کردیم که حکم، قابل تغییر با شرط نیست، شرط مخالف با آن باطل است اما تا زمانی کـه این امر مشکوک باشد و احتمال تغییر حکم به واسطه شرط وجود داشته باشد، می‌توان به عموم «المؤمنـون عند شروطهم» تمسک کرد و شرط مزبور را صحیح دانست. در مورد شرط خیار فسخ در ضـمن ایقـاع نیـز مسأله همین‌طور است پس مقتضای قاعده این است که خیار فسخ در ایقاعات هم جـاری باشـد، هرچنـد اجماع مانع از جریان خیار فسخ در ایقاعات است (طباطبایی یزدی، ۲/ ۳۲). محقق همـدانی نیـز مشـابه استدلال مرحوم سید را با بیانی دیگر مطرح می‌کند (همدانی، ٤۸٤).

البته اشکالی که بر کلام طباطبایی یزدی وجود دارد این است که با توجه به روایاتی که به صـورت عـام وفای به همه شروط را لازم دانسته و سپس شرط نامشروع یا خلاف کتاب و سنت را استثناء کرده است، اگر در موردی درباره مشروعیت یا عدم مشروعیت شرطی شک وجود داشته باشـد، در حقیقـت بـا یـک شـبهه

مصداقی مواجه هستیم زیرا نمی‌دانیم این شرط از مصادیق شرط مشروع است یـا نامشـروع، و بنـا بـه نظـر مشهور اصولین متأخر، در شبهات مصداقی، تمسک به عام، جائز نیست (خراسانی، کفایه، ۲۵۸؛ نـائینی، ۲/ ۵۲۵؛ مظفر، ۱/ ۱۳۹؛ سبحانی، ۱/ ۲۱۱). پس در اینجا نمی‌توان به عمـوم «المؤمنـون عنـد شـروطهم» تمسک نمود؛ درنتیجه شرط مشکوک باطل خواهد بود مشابه این اشکال در تعبیر محقق ایروانی هـم آمـده است (ایروانی، ۲/ ۲۷).

ممکن است در پاسخ به این اشکال گفته شود که هرگاه شبهه مصداقی در مورد افراد عام وجـود داشـته باشد یعنی شک داشته باشیم که این فرد اساساً از مصادیق عام هسـت یـا خیـر، در اینجـا تمسـک بـه عـام صحیح نخواهد بود زیرا دلیلِ بیانگر حکم عام، موضوع خود را ثابت نمی‌کند. اما اگر دخول فردی در تحت عام ثابت و یقینی باشد ولی دخول آن در تحت مخصص مشکوک باشد، در اینگونه موارد می‌تـوان بـه عـام استناد کرد و حکم عام شامل این مصداق مشکوک هم خواهد شد.

مثلاً هرگاه گفته شود که «دانشمندان را گرامی بداریـد» و سـپس مخصصـی بـرای آن ذکـر شـود مـثلاً بگویند «دانشمندان فاسق را احترام نکنید» در اینصورت اگر شک داشته باشیم کـه آقـای «الـف» دانشـمند هست یا خیر، طبعاً مشمول حکم عام نخواهد بود و تمسک به عام در این شهبه مصداقی صـحیح نیسـت، اما اگر بدانیم که وی قطعاً دانشمندست ولی در فسق او شک داشـته باشـیم، در اینصـورت چـون دخـول او تحت حکم عام قطعی است و تخصیص خوردن و خروج وی از حکم عام مشکوک است، می‌توان به دلیل عام تمسک نمود.

در بحث ما نیز هرگاه در صدق عنوان شرط بر مصداقی، شک وجود داشته باشـد، نمی‌تـوان بـه عمـوم «المؤمنون» استناد کرد و آن را صحیح و نافذ تلقی نمود اما اگر عنوان عام شرطیت بر آن صادق بـود و تنهـا در مشروع یا نامشروع بودن شرط، شک داشته باشیم یعنی خروج این شرط از تحت حکم عام و انـدراج آن در تحت مخصص مشکوک باشد می‌توان به دلیل عام تمسک نمود.

البته این پاسخ نیز قابل خدشه است زیرا در مواردی که با شـبهه مصـداقی در مـورد مخصـص مواجـه هستیم مانند فرضی که در فاسق بودن شخص دانشمندی تردید وجود دارد، در اینگونـه مـوارد هرچنـد ایـن شخص قطعاً تحت عموم دانشمندان داخل است اما با توجه به اینکه دلیل عام «لـزوم احتـرام دانشـمندان» تخصیص خورده، حجیت این عام تنها در مورد دانشمندان غیرفاسق ثابت است یعنی عام تنها در باقیمانـده افراد (غیر از مصادیق خاص) حجیت و اعتبار دارد و دخول فـرد مـذکور در عـام دارای حجیـت، مشـکوک است همچنانکه دخول او در تحت عنوان خاص هم مشکوک اسـت پـس در مـورد او نـه بـه دلیـل خـاص می‌توان تمسک نمود و نه به دلیل عام.

به بیان دیگر با توجه به اینکه عام تخصیص خورده است، به‌ویژه در فرض متصل بودن مخصص، گویا موضوع حکم عام از دو جزء تشکیل می‌شود: یکی دانشمند بودن و دیگری عدم فسق؛ و برای تمسک به عام باید هر دو جزء موضوع احراز شود. در مورد فرد مزبور هرچند عالم بودن او قطعی است اما عدم فسق او مشکوک است پس مشمول حکم عام نخواهد بود (نائینی، ۲/ ۵۲۵). شایان ذکر است در اینجا می‌توان با کمک اصل عدم، فاسق نبودن شخص را احراز کرد یا در بحث شرط، عدم مخالفت شرط با کتاب را احراز نمود، و در اینصورت تمسک به عام صحیح خواهد بود البته مرجع این اصل به «اصل عدم ازلی» است که برخی از اصولیین آن را نپذیرفته‌اند (بجنوردی، ۳/ ۲۲۸).

بهر تقدیر بنا به نظر کسانی که تمسک به عام در شبهات مصداقی را جائز می‌دانند و یا اصل عدم ازلی را معتبر می‌دانند، هرگاه شک شود که حکم شرعی که خلاف آن شرط شده از احکام قابل تغییر است یا از احکام غیر قابل تغییر، اصل بر آنست که حکم، قابل تغییر بوده و لذا شرط مخالف با آن، شرط خلاف شرع محسوب نمی‌شود و معتبر خواهد بود. نتیجه اینکه در اینگونه موارد مشکوک، تعیین قانون حاکم بر موضوع توسط طرفین قرارداد نیز جائز و معتبر خواهد بود.

در بعد حقوقی نیز به نوشته حقوقدانان در مواردی که در تکمیلی یا امری بودن قانونی تردید وجود داشته باشد هرگاه موضوع قانون مربوط به احکام و آثار مالی قراردادها باشد بر اساس استقراء و غلبه می‌توان گفت اصل بر آنست که آن قانون از قواعد آمره نبوده، بلکه از قوانین تکمیلی است و لذا توافق بر خلاف آن صحیح تلقی می‌شود، اما قوانینی که شرائط اصلی صحت و نفوذ عقد، مانند اهلیت و توافق اراده را بیان می‌کنند همچنین قواعد مربوط به احوال شخصیه و آثار نکاح اصولاً از قواعد آمره بشمار می‌روند. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱/ ۱٥٤ - ۱٥٥؛ جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ٥/ ۳۸) بنابراین در مورد احکام و آثار مالی قراردادها می‌توان اختیار تعیین قانون حاکم را بدست طرفین داد هرچند امری یا تکمیلی بودن قانون داخلی در مورد خاصی مشکوک باشد. به عنوان مثال هرگاه شک شود که حکم ماده ۳۸۷ ق.م. مبنی بر وقوع تلف مبیع قبل از تسلیم و قبض، از مال بایع و انفساخ بیع، از قوانین امری است یا تکمیلی، (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۳۰٥؛ امامی، ۱/ ٤٦۳) اگر قانون منتخب، خلاف این حکم را مقرر داشته باشد، پذیرش آن مانعی ندارد.

بند دوم: حق و حکم

موضوع دیگری که در بررسی حکم تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین عقد، می‌تواند دارای تأثیر باشد بررسی مسأله حق و حکم و تفاوت میان آنهاست. واژه حق در لغت کاربردی‌های مختلفی دارد

از جمله: امر ثابت، نقیض باطل، سزاوار، اسلام، قرآن، نام خداوند (ابن‌منظور، ۱۰/ ٤۹ بـه بعـد؛ زبیـدی، ۱۳/ ۷۹ به بعد؛ جوهری، ٤/ ۱٤٦۰ به بعد)

در اصطلاح فقها حق عبارتست از سلطنت اعتباری و توانایی که از طرف شارع برای انسان نسـبت بـه شیء یا شخص دیگری جعل شده است مانند حق تحجیر، حق رهن، حق قصاص و حـق خیـار و در واقـع حق مرتبه ضعیف و نازله ملک اسـت (بحرالعلـوم، ۱/ ۱۳ – ۱٤؛ طباطبـایی یـزدی، ۱/ ٥٥؛ محقـق دامـاد، نظریه عمومی شروط، ۲۸ به بعد).

اما در تعریف حکم گفته شده که حکم عبارتست از قانونی است که از جانب خداونـد بـرای تنظـیم و ساماندهی زندگی انسان صادر شده است. این قانون گاه مستقیماً مربوط به اعمال انسـان‌ها می‌شـود ماننـد وجوب نماز و روزه و حرمت قتل و سرقت و گاهی مربوط به امـور دیگـری اسـت کـه در زنـدگی انسـان‌ها دخالت دارد مانند حکم به ملکیت اموال و زوجیت اشخاص (شهید صدر، ۱۲۳؛ قافی و شریعتی، ۱/ ۲۹). برخی از فقها نیز حکم را اینگونه تعریف کرده‌اند: حکم عبارتست از وضع و جعل تکلیف یا جعل وضعیتی از سوی شارع که به فعل انسان‌ها از جهت ترخیص و منع یا از جهت ترتیب آثار، تعلق می‌گیـرد، درنتیجـه قابل اسقاط و قابل انتقال نیست (بحرالعلوم، همان؛ طباطبایی یزدی، همان). بـا توجـه بـه تعـاریف فـوق، تقسیم حکم به تکلیفی و وضعی کاملاً واضح است.

تفاوت اساسی میان حق و حکم در اینست که حکم شرعی چون به دست شارع است، قابل اسـقاط و انتقال نیست اما حق بطور معمول قابل اسقاط توسط ذی‌حق اسـت و همچنـین قابلیـت نقـل و انتقـال بـه دیگری را دارد مانند حق خیار که هم در ضمن عقد و هم قبل از عقد قابل اسـقاط اسـت و هـم در صـورت فوت صاحب خیار در غالب موارد به ورثه منتقل می‌شود. البته مرحوم بحرالعلوم و سید طباطبایی برای حق اقسام گوناگونی مطرح کرده‌اند و حتی معتقدند که برخی از این اقسام قابل نقل و انتقال یا قابل اسـقاط هـم نمی‌باشد مانند حق ابوت، حق ولایت برای حاکم، حق وصایت و حق استمتاع از زوجـه، هرچنـد ممکـن است گفته شود که این موارد از مصادیق احکام شرعی است نه از مصادیق حقوق (طباطبایی یزدی، ۱/ ٥٦؛ بحرالعلوم، ۱۷؛ برای دیدن سایر تقسیمات حقوق ر. ک: حسینی، ۱۲۳ به بعد).

سید طباطبایی در ادامه متذکر می‌شود که در پاره‌ای از موارد تشخیص حق از حکـم دشـوار می‌شـود و هرگاه در مورد موضوعی شک داشته باشیم که حکم است یا حق، اسـقاط و نقـل آن جـائز نیسـت امـا اگـر بدانیم که از مصادیق حق است ولی شک کنیم که این حق شـرعاً قابـل اسـقاط و انتقـال هسـت یـا نـه، در صورتیکه عرفاً این قابلیت را داشته باشد با توجه به عموماتی ماننـد «اوفـوا بـالعقود»، «احـل اللـه البیـع»، «الصلح جائز»، «المؤمنون عند شروطهم» و «الناس مسلطون علی اموالهم»، باید آن را قابل اسقاط و قابل

انتقال فرض کنیم (طباطبایی، ۱/ ٥٦).

در پایان این قسمت، مطالب مطرح شده را می‌توان بر بحث انتخاب قانون حاکم اینگونه تطبیق نموده و جمع‌بندی کرد:

۱. طبیعت اولیه حقوق اینست که قابل اسقاط و قابل نقل و انتقال است بنابراین با کمک شرط ضمن عقد نیز می‌توان آن را ساقط کرد یا برخلاف آن توافق کرد و این شرط، خلاف کتاب نبوده بلکه معتبر و نافذ است. همچنین در این زمینه می‌توان با توافق طرفین قانون دیگری را انتخاب نمود که برخی از این حقوق را نپذیرفته یا با آن متفاوت است.

۲. هرگاه در موردی شک داشته باشیم که از مصادیق احکام است یا از مصادیق حقوق، نمی‌توان آن را از حقوق فرض نمود اما اگر ثابت شود که از حقوق است و عرفاً قابلیت اسقاط دارد ولی در قابلیت شرعی برای اسقاط این حق تردید وجود داشته باشد، با عنایت به عمومات آیات و روایات، آن حق، شرعاً نیز قابل اسقاط تلقی می‌شود. طبعاً در این موارد مشکوک تعیین قانون حاکم که احیاناً موجب اسقاط این حقوق می‌شود نیز جائز خواهد بود.

۳. در مواردی که ثابت شد مصداق حق نیست بلکه حکم شرعی است، چنانکه گذشت احکام شرعی خود دوگونه‌اند و تنها در مواردی که حکم قابل تغییر باشد، انتخاب قانون حاکم بر قرارداد جائز، صحیح و معتبر خواهد بود. اما در مورد قواعد آمره شرعی، قانون منتخب طرفین معتبر تلقی نمی‌شود.

بند سوم: احکام امضائی و تأسیسی

یکی از تقسیماتی که درباره احکام شرعی مطرح می‌شود، تقسیم احکام به تأسیسی و امضائی است. بخشی از احکام دین مبین اسلام از تأسیسات شرعی بشمار می‌آید مانند بسیاری از احکام مربوط به واجبات عبادی مثل نماز و روزه و حج و زکات. در باب عبادات معمولاً تعیین مفاد، ارکان، شرایط، توابع و آثار یک عمل عبادی از سوی شارع صورت می‌گیرد و سیره و رویه عرف در آن مدخلیتی ندارد؛ هرچند ممکن است اصل این عبادت در میان ادیان الهی پیشین هم وجود داشته باشد و در میان پیروان آن ادیان رایج بوده باشد؛ چنانچه واجباتی مانند نماز و روزه و زکات این چنین است و در آیات متعددی از قرآن کریم اشاره شده که در شریعت‌های سابق هم این عبادات وجود داشته است (مریم: ۳۲؛ ابراهیم: ٤۱؛ بقره: ۱۸۳) البته کیفیت و خصوصیات این اعمال در ادیان سابق، با کیفیت این واجبات در دین اسلام متفاوت است.

اما بخش عظیم دیگری از احکام شرعی احکامی است که پیش از این در میان عرف جامعه متداول بوده و شارع مقدس آن را تأسیس نکرده بلکه همان رویه عرفی پسندیده و مناسب را امضاء و تقریر فرموده

است. اکثر احکام در باب معاملات از این دسته‌اند زیرا پیش از تشریع دین اسلام نیز انواع تجارت و دادوستد، بیع، اجاره، قرض، وکالت، ضمان و نکاح وجود داشته است و اسلام همان معاملات را امضا و تأیید نموده است «اوفوا بالعقود». البته ممکن است پاره‌ای از احکام و آثار آن را نپذیرد یا تغییر دهد و یا از آن نهی کند چنانکه قرآن می‌فرماید: «وأحلّ الله البیع وحرّم الرّبا» (بقره: ۲۷۵). در حالیکه بیع و ربا هر دو میان مردم آن زمان مرسوم بوده است یا در روایات صحیح آمده است «نهی رسول الله عن بیع المضطر وعن بیع الغرر» (حر عاملی، ۱۲/ ۳۳۰) یعنی شارع مقدس معامله ربوی و بیع غرری را نپذیرفته است. قابل ذکر است که احکام امضائی شرع منحصر در بحث معاملات نیست بلکه پاره‌ای از احکام مربوط به حدود و قصاص و دیات هم با تغییراتی از احکام امضائی محسوب می‌شود (عمید زنجانی، ۲/ ۲۲۰).

در تقسیم احکام به تأسیسی و امضائی عمدتاً این ثمره عملی مورد توجه قرار می‌گیرد که در باب احکام امضائی و به‌ویژه باب معاملات اصولاً سیره و روش عرف و عقلا بسیار حائز اهمیت و دارای اعتبار است و اراده و اختیار افراد در باب معاملات از سوی شارع به صورت جدی به رسمیت شناخته می‌شود و درواقع رکن اصلی معاملات تلقی می‌شود اما در باب عبادات تنها اراده شارع مقدس است که باید مورد اطاعت و امتثال قرار گیرد و مکلفین در این رابطه اختیاری از خود ندارند. از این‌رو می‌توان گفت اصلی که در تعبیر حقوقی به «اصل آزادی قراردادی» موسوم است، در تعالیم شریعت اسلامی نیز مورد تأیید و پذیرش قرار گرفته است و لذا افراد، در انعقاد انواع قراردادهای خصوصی، عمومی، سیاسی و بین‌المللی آزاد هستند و در این راستا می‌توان به آیه شریفه «اوفوا بالعقود» (مائده: ۱) و حدیث مشهور «المؤمنون عند شروطهم» و قاعده فقهی «العقود تابعه للقصود» استناد کرد (محقق داماد، نظریه عمومی شروط، ۲٦؛ قنواتی، وحدتی شبیری و عبدی‌پور، ۱/ ۲۰۱).

علاوه بر ادله مذکور، برای صحت و اعتبار توافق و تراضی میان افراد که در قالب عقد یا شرط حاصل می‌شود به آیات و روایات دیگری نیز استدلال شده است؛ از جمله آیات شریفه: «یا أیها الذین آمنوا لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل إلا أن تکون تجارة عن تراضٍ منکم» (نساء: ۲۹)، «وأحلّ الله البیع وحرّم الرّبا» (بقره: ۲۷۵) «وإن کنتم علی سفرٍ ولم تجدوا کاتبا فرهانٌ مقبوضة» (بقره: ۲۸۳) همچنین برخی از ادله‌ای که برای صحت و مشروعیت صلح مطرح شده‌اند، صحت هر نوع تراضی را اثبات می‌کند هرچند مربوط به صلح دعاوی نباشد مانند آیه شریفه «والصلح خیر» (نساء: ۱۲۸) و روایت «الصلح جائز بین المسلمین الا ما حرم حلالا او احل حراما» (نوری، ۱۳/ ٤٤۳؛ برای مطالعه تفصیلی این ادله و سایر مستندات ر. ک: نعمت‌اللهی، ۵۱ به بعد).

شایان ذکر است هرچند درباره لزوم وفای به شروط ابتدائی یا عقود غیرمعین شرعی میان فقها

اختلاف‌نظر وجود دارد و بسیاری از متقدمین آن را انکار نموده‌اند، به‌گونه‌ای که حتی برخی از علما ادعای اجماع بر عدم لزوم وفای به شرط ابتدائی را مطرح کرده‌اند (بجنوردی، ٥/ ٢٢٤) اما در میان فقهای متأخر بزرگانی مانند ملااحمد نراقی و طباطبایی یزدی و ابوالقاسم خوئی شروط ابتدائی را نیز لازم‌الاجرا می‌دانند (نراقی، ١٤٢؛ طباطبایی یزدی، ٢/ ٤ و ١٠٦، ١١٧؛ خوئی، ٧/ ٢٩٧ – ٢٩٨؛ محقق داماد، نظریه عمومی شروط، ٢٧). امام خمینی هم معتقدند هرچند متبادر از واژه شرط در عبارت «المؤمنون عند شروطهم»، شرط ضمن عقد است اما عرفاً می‌توان با الغای خصوصیت، حکم آن را به مطلق قراردادها و شروط ابتدائی نیز تسری داد (امام خمینی، ١/ ٨٩؛ نعمت‌اللهی، ٦٣).

در رابطه با بحث انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط متعاقدین، از نتایج به دست آمده در مباحث پیشین می‌توان اینگونه استفاده کرد که از آنجا که باب قراردادها و معاملات نوعاً از احکام امضائی شرع است و شارع مقدس نیز در این باب تراضی و توافق حاصل از اراده آزاد طرفین قرارداد را به رسمیت شناخته است و با توجه به اینکه تعیین هر شرطی در ضمن عقد و یا حتی خارج از عقد و بصورت شرط ابتدائی، صحیح و نافذ است مگر شرایطی که بدانیم خلاف احکام و قواعد آمره شرعی هست، و از سوی دیگر مادامی‌که شک وجود داشته باشد که یک حکم شرعی به‌گونه‌ای جعل شده که غیرقابل تغییر است یا نه، می‌توان آن را به کمک شرط و توافق تغییر داد یا اسقاط نمود، با عنایت به مطالب فوق می‌توان گفت که از منظر فقهی، اصل بر این است که انتخاب قانون حاکم بر آثار قرارداد توسط متعاقدین، در ضمن همان قرارداد و یا به صورت جداگانه، نوعاً صحیح و نافذ بوده و برای طرفین قرارداد، داور و حتی قاضی دادگاه اسلامی نیز لازم الرعایه خواهد بود.

البته این قاعده استثنائاتی هم دارد از جمله مواردی که قانون منتخب، خلاف قاعده شرعی آمره و حکم غیرقابل تغییری مانند احکام مربوط به اهلیت طرفین و قصد و رضا باشد یا اینکه قانون منتخب موضوع غیر مشروعی از قبیل دادن یا گرفتن ربا یا ایجاد مرکز فحشاء یا اضرار ظالمانه عمدی و با سوءنیت نسبت به دیگری را تجویز کرده باشد که در اینگونه موارد قانون منتخب اثری ندارد. اما در مواردی که در این رابطه شکی وجود داشته باشد طبعاً باید انتخاب قانون را صحیح دانست.

در پایان مقاله مناسب است برخی از اشکالاتی که در این زمینه ممکن است مطرح شود، مورد بررسی قرار گیرد. یکی از این ایرادت این است که چگونه می‌توان پذیرفت که قاضی دادگاه اسلامی یا داور مسلمان، براساس قانونی غیر از قوانین شرعی به موضوع، رسیدگی و حکم مقتضی صادر کند در حالی که خداوند در آیات بسیاری از قرآن کریم دستور داده که براساس «ما انزل‌الله» و احکام شرع حکم صادر شود: «ومن لم یحکم بما أنزل الله فأولئک هم الکافرون» «هم الظالمون...» «هم الفاسقون...» (مائده:

٤٤ – ٤٥ و ٤٧) «فاحکم بینهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم» (مائده: ٤٨ – ٤٩).

از سوی دیگر اگر طرفین قرارداد یا لااقل یکی از آن‌ها، مسلمان باشند و قانون منتخب آنان، قانون کشور غیر اسلامی باشد، آیا این امر مستلزم تسلط کفار بر مسلمین نمی‌گردد، در حالیکه قاعده نفی سبیل از قواعد مسلم فقهی و مورد اجماع علماست و برای حجیت آن به آیه شریفه «ولن یجعل الله للکافرین علی المومنین سبیلاً» (نساء: ١٤١) و حدیث نبوی «الاسلام یعلو و لایعلی علیه» و ادله دیگر استناد شده است. (بجنوردی/١/١٥٧ به بعد)

در پاسخ می‌توان گفت: اولاً اینگونه نیست که هرگونه توافقی برخلاف احکام اولیه شرع، باطل و حرام باشد و همه احکام شرع غیرقابل تغییر باشد بلکه چنانکه بیان شد پاره‌ای از احکام با صرف‌نظر از عناوین و عوارض خارجی برای موضوعات وضع شده‌اند که با عروض عناوینی همچون نذر و شرط می‌توان آن را تغییر داد. تمسک به عقد صلح نیز راهی برای گریز از بسیاری از احکام قراردادهاست و تشریع این عقد نشان می‌دهد که شارع، خود مجوز مخالفت با برخی احکام خویش را صادر کرده است.

ثانیاً خود شارع مقدس در موارد متعددی اجازه اجرای قوانینی غیر از قانون اسلام را داده است من جمله اگر طرفین دعوا غیرمسلمان باشند و به دادگاه اسلامی مراجعه کنند قاضی مسلمان مخیر است که بر طبق قانون اسلام میان آن‌ها حکم کند یا آن‌ها را به علما و محاکم خودشان ارجاع دهد که طبعاً طبق آئین خودشان حکم کنند و در این باره به آیه شریفه سوره مائده و برخی روایات استدلال شده است (شیخ طوسی، مبسوط، ٢/ ٦٠؛ علامه حلی، تذکره، ٩/ ٣٨٥). «فإن جآؤوک فاحکم بینهم أو أعرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن یضرّوک شیئا وإن حکمت فاحکم بینهم بالقسط إنّ الله یحبّ المقسطین» (مائده: ٤٢).

حتی بنا به نظر برخی فقها در مورد پاره‌ای از جرائم مانند زنا که از نظر شرع اسلامی مستوجب حد است، اگر مجرم غیرمسلمان باشد ممکن است از اجرای حد شرعی صرف‌نظر کرد و او را به قضات و علمای هم‌کیش خودش سپرد که درباره او حکم کنند (علامه حلی، قواعد، ٣/ ٥٣٢) چنانکه از حضرت علی (ع) نقل شده در پاسخ سؤال در مورد مرد مسلمانی که با زنی از اهل کتاب زنا کرده بود، فرمود: حدود اسلامی بر مرد مسلمان جاری می‌شود و زن اهل کتاب را به دانشمندان خودشان بسپارید تا آن‌گونه که صلاح می‌دانند درباره او عمل کنند (حر عاملی، ١٨/ ٤١٥ – ٤١٦؛ دانش‌پژوه، ٦٢).

همچنین بنا به تصریح اصل سیزدهم قانون اسلامی جمهوری اسلامی که مورد پذیرش فقهای مجلس خبرگان قانون اساسی واقع شده، ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آئین خود عمل می‌کنند. طبعاً دادگاه‌ها نیز در دعاوی مربوط به احوال شخصیه باید بر اساس احکام شریعت آنان حکم کنند.

ثالثاً انتخاب قانون کشور غیر اسلامی به معنی تسلط کفار بر مسلمین نیست بلکه متعاقدین همچنانکه می‌توانند بصورت تفصیلی، امور مخالف با احکام و آثار مالی قرارداد را در ضمن عقد شرط کنند، می‌توانند بطور اجمالی مجموعه مقررات یک کشور یا کنوانسیون‌های بین المللی را که احیاناً در برخی از موارد با این دسته احکام شرعی مخالفت دارد، تعیین کنند و عرفاً این امر تسلط کفار بر مسلمین تلقی نمی‌شود. البته بدیهی است اگر طرف کافر به تنهائی، قانون حاکم را انتخاب کند و به طرف مسلمان قرارداد تحمیل کند قطعاً از مصادیق این قاعده محسوب می‌گردد اما اگر انتخاب با توافق و رضایت طرفین صورت گیرد، تسلطی مطرح نخواهد بود.

بدین ترتیب انتخاب قانون حاکم بر احکام و آثار قرارداد توسط طرفین، نه مخالف شرع است و نه موجب تسلط کفار می‌شود و لذا صحیح و معتبر خواهد بود. قاضی دادگاه یا داور نیز باید بر اساس آن به موضوع رسیدگی کند و رأی صادره در این زمینه نیز خلاف ماانزل الله نیست چون خود شارع این اجازه را داده است. موید این مطلب اینکه صدر ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین المللی (مصوب سال ۷٦) که به تأیید فقهای شورای نگهبان نیز رسیده این موضوع را پذیرفته و تصریح می‌کند که «داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد....»

نتیجه‌گیری

از جمع بندی مطالب مطرح شده در این نوشتار می‌توان نکات زیر را نتیجه گرفت:

۱.احکام شرعی دو دسته‌اند برخی غیر قابل تغییرند (قواعد آمره شرعی) و برخی دیگر قابلیت تغییر توسط افراد را دارند و لذا می‌توان بوسیله نذر، قسم و شرط ضمن عقد آنرا تغییر داد. در اینگونه موارد شرط ضمن عقد، شرط مخالف کتاب محسوب نمی‌شود و اعتبار دارد.

۲. احکام و آثار مالی قراردادها نوعاً از دسته دوم احکام شرعی و نیز از احکام امضائی شرع بشمار می‌آید که طرفین می‌توانند به کمک شرط ضمن عقد بر خلاف آن توافق کنند.

۳. در چنین مواردی انتخاب و تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین مجاز و معتبر خواهد بود و مخالفتی با موازین شرعی ندارد. قاضی و داور نیز باید بر اساس آن میان طرفین حکم کنند.

٤. انتخاب قانون حاکم درمواردی که مربوط به قواعد آمره شرعی می‌شود، معتبر نیست لذا در مورد مسائلی همچون اهلیت و قصد و رضا، نمی‌توان اختیار تعیین قانون را به دست طرفین سپرد.

۵. در مواردی که شک وجود دارد که حکم، قابل تغییر است یا از قواعد آمره و غیرقابل تغییر می‌باشد، انتخاب قانون حاکم توسط طرفین صحیح است.

منابع

قرآن کریم

ابن‌منظور، محمد بن مکرم، ***لسان العرب***، بیروت، دار صادر، ۱۹۵۵ م.

اصفهانی، ابوالحسن، ***وسیله النجاه***، قم، مهر استوار، ۱۳۹۴ ق.

اصفهانی، محمدحسین، ***حاشیه المکاسب***، مشهد، نشر محقق، ۱٤۱۸ ق.

امامی، حسن، ***حقوق مدنی***، تهران، انتشارات اسلامیه، ۱۳۷۳.

انصاری، مرتضی بن محمد امین، ***مکاسب***، قم، کنگره شیخ انصاری، ۱٤۲۰ ق.

ایروانی، علی، ***حاشیه مکاسب***، بیروت، دار ذوی القربی، ۱٤۲۱ ق.

آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، ***حاشیه المکاسب***، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱٤۰٦ ق.

ـــــــــــــــــــ، ***کفایه الاصول***، قم، جامعه مدرسین قم، ۱٤۱۲ ق.

بجنوردی، حسن، ***القواعد الفقهیه***، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۳۷۱.

بحرالعلوم، محمد بن محمدتقی، ***بلغه الفقیه***، قم، مکتبه الصادق (ع)، چاپ چهارم، ۱٤۰۳ ق.

بحرانی، یوسف بن احمد، ***حدائق الناضره***، قم، انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، ۱٤۰۵ ق.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ***دانشنامه حقوقی***، تهران، امیر کبیر، ۱۳۷۲.

ـــــــــــــــــــ، ***رهن و صلح***، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸.

جوهری، اسماعیل بن حماد، ***صحاح اللغه***، بیروت، دار احیاء الکتب العربیه، ۱۳۷۰ ق.

حر عاملی، محمد بن حسن، ***وسائل الشیعه***، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۹۱ ق.

حسینی، عبدالرحیم، ***رساله‌ای در باب حق و حکم***، تهران، چاپ و نشر بین‌الملل، ۱۳۸۷.

خمینی، روح‌الله، ***کتاب البیع***، قم، اسماعیلیان، ۱۳٦۸.

خوئی، ابوالقاسم، ***مصباح الفقاهه***، قم، مکتبه سیدالشهدا، بی‌تا.

دانش‌پژوه، مصطفی، «تعارض قوانین در فقه و حقوق اسلام از انکار تا اثبات»، تهران، ***مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی (مقالات و بررسی‌ها)***، سال چهل و ششم، شماره یک، بهار و تابستان ۱۳۹۲، صص ۵۵-۷۱.

سبحانی، جعفر، ***الموجز فی اصول الفقه***، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۷٦.

شهیدی، مهدی، «قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی خصوصی»، ***مجموعه مقالات حقوقی***، تهران، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷، صص ۲۸۵-۳۱۲.

ـــــــــــــــــــ، ***شروط ضمن عقد***، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸٦.

شیخ الاسلامی، محسن، ***حقوق بین‌الملل خصوصی***، تهران، گنج دانش، ۱۳۸٤.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الکلام***، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱٤۱۵ ق.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، ***حاشیه المکاسب***، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱٤۲۱ ق.

طوسی، محمد بن حسن، ***التهذیب***، بیروت، دارالتعارف، ۱٤۰۱ ق.

_______________، ***المبسوط***، تهران، مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.

عاملي غروي، جواد بن محمد، ***مفتاح الکرامه***، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱٤۱۰ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، ***تذکره الفقهاء***، قم، مؤسسه آل‌البیت، ۱٤۱٤ ق.

_______________، ***قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام***، قم، جامعه مدرسین، ۱٤۱۳ ق.

عمید زنجانی، عباسعلی، ***فقه سیاسی***، تهران، امیر کبیر، ۱۳۸۰.

قافی، حسین و سعید شریعتی، ***اصول فقه کاربردی (مباحث الفاظ)***، قم و تهران، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان سمت، چاپ یازدهم، ۱۳۹۳.

قزوینی زنجانی، ملأ علی، ***صیغ العقود***، قم، انتشارات شکوری، ۱٤۱٤ ق.

قنواتی، جلیل؛ حسن وحدتی و ابراهیم عبدی‌پور، ***حقوق قراردادها در فقه امامیه***، تهران، سمت، ۱۳۷۹.

کاتوزیان، ناصر، ***قانون مدنی در نظم کنونی***، تهران، میزان، ۱۳۸٦.

__________، ***قواعد عمومی قراردادها***، تهران، سهامی انتشار، ۱۳۷٦.

کلینی، محمد بن یعقوب، ***الکافی***، تحقیق علی‌اکبر غفاری، بیروت، دارالتعارف، ۱٤۰۱ ق.

الماسی، نجادعلی، ***تعارض قوانین***، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲.

محقق داماد، مصطفی، ***قواعد فقه مدنی***، تهران، سازمان سمت، چاپ چهارم، ۱۳۸۰.

_______________، ***نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی***، تهران، دفتر نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.

محقق کرکی، علی بن حسن، ***جامع المقاصد***، قم، آل البیت، ۱٤۱۱ ق.

مرتضي زبيدي، محمد بن محمد، ***تاج العروس***، بیروت، دار مکتبه الحیاه، ۱٤۱۷ ق.

مظفر، محمدرضا، ***اصول الفقه***، قم، دفتر تبلیغات چاپ چهارم، ۱۳۷۰.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، ***مجمع الفائده والبرهان***، قم، دفتر انتشارات اسلامی قم، ۱٤۰۳ ق.

موسوي خوانساري، احمد، ***جامع المدارک***، قم، اسماعیلیان، ۱۳٦٤.

نائینی، محمدحسین، ***فوائد الاصول***، مقور محمدعلی کاظمی، قم، جامعه مدرسین، چاپ پنجم، ۱٤۱٦ ق.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، ***عوائد الایام***، قم، دفتر تبلیغات قم، ۱۳۷۵.

نعمت‌اللهی، اسماعیل، ***موضوع عقد و مورد معامله***، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳.

نوری، حسین بن محمدتقی، ***مستدرک الوسائل***، قم، آل‌البیت، ۱٤۰۸ ق.

نیکبخت، حمیدرضا، «تعارض قوانین در قراردادها (قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده)»، تهران، ***مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی***، شماره ۳۲، سال ۱۳۸٤، صص ۷-۵۱.

همدانی، رضا بن محمد هادی، ***حاشیه المکاسب***، تصحیح انصاری قمی، قم، ۱٤۲۰ ق.